

Fughe di notizie, trojan, trial by media: i nodi da sciogliere in tema di intercettazioni

Opinioni

FEDERICA RESTA

Da tre legislature almeno, ogni Governo ha proposto alle Camere – senza tuttavia ottenerne la definitiva approvazione – la propria riforma della disciplina delle intercettazioni giudiziali. Così, dal nome del Ministro proponente, si sono susseguiti il ddl “Mastella” (AS 1512) nella XV legislatura, il ddl “Alfano” (AS 1611) nella XVI e, nella presente, il ddl Orlando di riforma del processo penale. Attualmente all’esame della Camera con il numero C 4368, esso comprende anche una delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni telefoniche e telematiche. Si tratta di un tema di rilevante complessità, dovendosi coniugare esigenze investigative, diritto di difesa e riservatezza delle parti e dei terzi coinvolti nelle indagini, nonché diritto di (e all’) informazione. E la difficoltà maggiore (alla base, anche, delle divisioni tra le forze politiche sui testi di volta in volta presentati) attiene alla distinzione, ai fini della relativa disciplina, tra il contenuto di un’intercettazione quale mezzo di ricerca della prova e il carattere assunto dal medesimo contenuto nel momento della pubblicazione, per fini informativi: tema già emerso con chiarezza, nell’ambito dell’indagine conoscitiva condotta dalla Commissione giustizia del Senato nella XV legislatura. Su questo terreno, ciò che appare più difficile normare è la distinzione tra il giornalismo d’inchiesta e quello che Luciano Violante definisce giornalismo di trascrizione o di riporto, fondato sulla mera e acritica rifusione sulla stampa degli atti d’indagine, spesso tanto superflua ai fini informativi quanto dannosa per la riservatezza degli interessati.

Ripercorrendo la parabola che ha segnato l’evoluzione della riforma nei vari disegni di legge, è stato proprio questo il punto su cui si sono registrate le più significative divisioni tra le forze politiche e, spesso, all’interno della stessa maggioranza di Governo, relativamente al bilanciamento da realizzare tra riservatezza individuale e diritto di cronaca.

Dopo i tentativi incompiuti dei precedenti Governi, è ragionevole attendersi che la riforma proposta dal Ministro della giustizia, Andrea Orlando, giunga all’approvazione definitiva, sebbene l’ormai prossima scadenza naturale della legislatura renda più diffici-

le l'esercizio della delega entro la sua fine. Se, dunque, il principale limite della riforma risiede proprio nella scelta dello strumento della delega legislativa (con quell'inevitabile margine di discrezionalità, in capo al Governo, che ne connota lo sviluppo), essa reca tuttavia norme importanti. Che esprimono, peraltro, una più profonda consapevolezza delle criticità di questo fenomeno, maturata, in primo luogo, a livello istituzionale.

Nell'ultimo anno, infatti – a fronte di frequenti pubblicazioni sulla stampa di intercettazioni, spesso irrilevanti tanto ai fini informativi quanto ai fini processuali – diverse Procure della Repubblica hanno emanato direttive volte a favorire una più efficace selezione delle conversazioni da trascrivere, espungendo dai brogliacci quelle non rilevanti ai fini investigativi. Si rafforzano, in tal modo, le garanzie di riservatezza delle parti e dei terzi coinvolti nelle indagini, nel rispetto del contraddittorio sulla (e per la) prova. Molti dei principi espressi dalle direttive sono stati poi ribaditi dalla delibera adottata dal CSM il 29 giugno, recante “ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni”. Si tratta, del resto, di indicazioni rispondenti ai principi che lo stesso Garante per la protezione dei dati personali aveva avuto modo di suggerire in varie occasioni. Anche auspicando – in una nota inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri il 2 aprile 2015 – che il disegno di legge di riforma del processo penale, allora all'esame della Camera, garantisse “una più puntuale selezione del materiale investigativo, assicurando, nel doveroso rispetto dei diritti della difesa, che negli atti processuali non siano riportati interi spaccati di vita privata (delle parti ma soprattutto dei terzi), del tutto estranei al tema di prova”. A fronte delle alterazioni determinate, rispetto al principio della pubblicità del processo, dal fenomeno del trial by media, il Garante sottolineava l'esigenza di un “riequilibrio nei rapporti tra esigenze investigative, informazione e riservatezza, che garantisca a quest'ultima una più adeguata tutela (...) coniugando gli aspetti della correttezza e lealtà dell'informazione e della riservatezza nelle indagini, nel rispetto del principio di proporzionalità tra privacy e mezzi investigativi ribadito, anche recentemente, dalla Corte di giustizia, per evitare quella ‘pesca a strascico’ nelle vite degli altri in cui degenera l'utilizzo indiscriminato delle intercettazioni”.

Il disegno di legge cui si riferiva il Garante – nel corso della successiva lettura al Senato, per effetto degli emendamenti dei Relatori – avrebbe poi rafforzato le misure a garanzia della riservatezza delle parti, normativizzando molte delle indicazioni contenute nelle direttive delle Procure e, con riferimento alla pubblicazione, coniugando privacy ed esigenze informative tenendo conto “delle decisioni e dei principi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione”.

I principali criteri direttivi della delega concernono pertanto la previsione di norme per la garanzia della riservatezza delle parti e, soprattutto, dei terzi, fondate anche sulla modifica della disciplina delle modalità di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in sede cautelare e mediante una precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e delle esigenze di indagine. Positiva, in particolare, è la previsione del dovere del pubblico ministero di garantire un'adeguata selezione degli atti da inviare al gip a sostegno della richiesta di misura cautelare,

non ricomprendendovi le intercettazioni inutilizzabili, irrilevanti o comunque inerenti terzi estranei alle indagini e contenenti dati sensibili (purché non emergano elementi favorevoli all'indagato). Analogamente a quanto disponeva sul punto il ddl "Mastella", si prevede che tali dati siano conservati in apposito archivio riservato con facoltà di ascolto ed esame ma non di copia, da parte dei difensori e del giudice, e che siano sottoposti alla procedura di stralcio, nel contraddittorio delle parti. Importante è anche l'indicazione di non trascrivere nei brogliacci (salvo specifica autorizzazione del pubblico ministero) le stesse categorie di intercettazioni, così minimizzando il rischio di esfiltrazione di dati di terzi, sensibili o comunque non rilevanti ai fini investigativi.

Particolarmente innovativo è, poi, il criterio direttivo volto a disciplinare il ricorso ai captatori informatici a (esclusivi) fini intercettativi, su cui si era registrato un contrasto interpretativo, composto poi dalle Sezioni Unite della Cassazione nell'aprile 2016. La strutturale diversità di realizzazione di questo tipo di captazione rispetto a quelle tradizionali ha, infatti, evidenziato tutti i limiti dell'applicazione a tali fattispecie della disciplina pensata per le seconde. Queste ultime, infatti, sono concepite (in ossequio all'art. 15 della Costituzione) come limitate nel tempo, nello spazio, previste come residuali nel caso di ambientali domiciliari. Da remoto, invece, il controllo dell'indagato è talmente pervasivo da non avere più alcun limite (pertanto è stato definito "ubiquitario") né, del resto, possibilità di riscontro effettivo qualora si utilizzino determinati software capaci di alterare il contenuto del dispositivo in cui sono installati e di cancellare le tracce delle operazioni compiute.

Recependo, anche in questo caso, buone prassi adottate in alcune Procure, la delega prevede dunque l'attivazione della funzione intercettativa non già con il mero inserimento del captatore ma in virtù di apposito comando, nel rispetto del decreto attuativo del gip, che dovrà tra l'altro indicare le ragioni del ricorso a tale modalità investigativa; la precisa rendicontazione delle operazioni captative da parte della polizia giudiziaria; l'ammissibilità delle registrazioni mediante captatore delle conversazioni svolte in luoghi di privata dimora solo qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa (limite che tuttavia, in analogia con la disciplina generale delle intercettazioni ambientali, non si applica in procedimenti per reati distrettuali). Si onera poi la polizia giudiziaria del compito di disattivare il captatore, reso definitivamente inutilizzabile, al termine delle operazioni e si ammette, per la realizzazione di tali intercettazioni, il ricorso ai soli software conformi a determinati requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale. Si prevede anche che i risultati delle captazioni possano essere utilizzati a fini probatori solo per reati oggetti del provvedimento autorizzativo del gip e, in procedimenti diversi, solo se indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Infine, si vieta la conoscibilità, divulgabilità e pubblicabilità di intercettazioni così realizzate inerenti soggetti estranei ai fatti per cui si procede (in sede di decreto legislativo si dovrà tuttavia corredare il precetto di adeguata sanzione).

Ancora, sulla scorta dell'emendamento Centaro al ddl "Alfano", si introduce una nuova fattispecie delittuosa consistente nella **diffusione del contenuto di conversazioni o riprese audiovisive fraudolentemente captate** e svolte in presenza dell'agente, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui. Si impone la previsione di

specifiche scriminanti per l'utilizzazione di tali captazioni nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario, per esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca. La condotta qui tipizzata copre effettivamente una lacuna, dal momento che ad oggi, come confermato più volte anche dalla Cassazione, la registrazione abusiva di conversazioni da parte dell'interlocutore o comunque di chi vi abbia preso parte non integra alcuno specifico reato.

È stato invece soppresso – già in prima lettura – il criterio di delega volto alla previsione di **garanzie giurisdizionali per l'acquisizione dei** dati di traffico telefonico e telematico, salvo il potere di acquisizione d'urgenza del p.m., in conformità alla disciplina prevista per le intercettazioni. Anche il CSM, in sede di parere sul testo, si era pronunciato in senso favorevole a questo criterio di delega, tenendo del resto conto che la Corte Costituzionale (sentt. nn. 81/1993, 281/1998, 372/2006) ha ricompreso anche i dati esteriori delle comunicazioni nell'alveo dell'art. 15 Cost.¹ e che prima del c.d. decreto Pisanu (d.l. 144/2005) l'acquisizione avveniva su autorizzazione del gip. Il criterio di delega sarebbe stato quantomai in linea con le conclusioni delle sentenze Digital Rights dell'aprile 2014 e Tele2 del dicembre 2016 della Corte di giustizia, nella parte in cui si valorizza l'esigenza di garanzie, nell'acquisizione di tali dati, da parte di autorità terze (Autorità di protezione dati e/o autorità giudiziaria). La sentenza Digital Rights, infatti, valorizza la centralità del diritto alla protezione dei dati personali anche in un settore – quale quello del contrasto al crimine – in cui maggiori sono le limitazioni alle libertà, ammesse per esigenze di interesse generale. Il punto cardine della pronuncia è indubbiamente il principio di stretta proporzionalità tra limitazioni dei diritti fondamentali ed esigenze di pubblica sicurezza; proporzionalità che non va declinata in astratto e in maniera indifferenziata rispetto a qualsiasi reato ma che, al contrario, esige una differenziazione attentamente modulata in base al tipo di delitto, alle esigenze investigative, al tipo di dato e di mezzo di comunicazione utilizzato. Ciò, fermo restando il rispetto di alcune garanzie essenziali, quali, in particolare, la subordinazione di tali limitazioni all'autorizzazione di un'autorità terza quale l'autorità giudiziaria o comunque un'autorità amministrativa indipendente. Non a caso, la Corte costituzionale portoghese, con sentenza del 27 agosto 2015, proprio valorizzando tale pronuncia, ha dichiarato incostituzionale la legge anti-terrorismo approvata il mese precedente, nella parte in cui autorizzava gli organi di intelligence ad acquisire i tabulati telefonici e telematici per esigenze di contrasto del terrorismo con la mera autorizzazione (di carattere estrinseco) di una Commissione composta da tre magistrati, ma- come del resto da noi – in assenza di un vaglio giurisdizionale analogo a quello del processo penale.

¹ La pronuncia n. 81 cit. ha però mancato di estendere la disciplina delle intercettazioni telefoniche ai tabulati, ritenendo piuttosto applicabile l'art. 256 c.p.p. relativo all'acquisizione di documenti coperti dal segreto professionale (ad analoghe conclusioni è giunta la Corte EDU nella pronuncia Malone c. Royaume Uni [1984]). Tuttavia, la ragione del self-restraint della Corte attiene principalmente alla discrezionalità politica che tale estensione avrebbe inevitabilmente comportato, dal momento che l'addizione non sarebbe stata "a rime obbligate" e che quindi anche diversa avrebbe potuto essere la scelta del legislatore., per quanto concerne forme, tempi e modalità dell'acquisizione.

La delega ha previsto anche alcune misure per la sicurezza dei dati intercettati, in conformità alle indicazioni fornite dal Garante per la protezione dei dati personali in più occasioni e, in particolare, con il provvedimento del luglio 2013 rivolto in primo luogo alle Procure della Repubblica. In particolare, il disegno di legge demanda a un successivo decreto (non avente, parrebbe, natura regolamentare) la disciplina, anche ai fini tariffari, delle prestazioni obbligatorie per i servizi di intercettazione forniti dalle società esterne, con particolare riferimento alle modalità di conservazione e gestione, mediante canali cifrati, dei dati raccolti, nel rispetto dei requisiti di sicurezza e necessità del trattamento e secondo criteri di riservatezza, integrità e disponibilità. Quella della selezione dei fornitori del servizio intercettativo, in base alle garanzie di sicurezza del trattamento offerte, è una previsione di particolare importanza, che muove dalla consapevolezza dei rischi insiti nell'affidamento a terzi di una così rilevante raccolta di dati personali. Lo dimostra un'indagine recente che ha coinvolto la società fornitrice dei server di diverse Procure, per una presunta acquisizione illecita di dati *legittimamente* intercettati, resa possibile dalla prassi lì invalsa di scaricare sui propri pc i dati intercettati. Questa vicenda dimostra come **l'esternalizzazione di diverse operazioni investigative** renda assai più permeabile, complessa e vulnerabile la filiera su cui si snoda l'attività captativa, meritevole per ciò di una tutela rafforzata. Solo l'adozione di adeguate misure di sicurezza, da parte di ciascun soggetto coinvolto in ogni fase dell'attività intercettativa, può contribuire a minimizzare i rischi inevitabilmente connessi **alla frammentazione e parcellizzazione dei centri di responsabilità**, derivanti dal coinvolgimento di soggetti diversi nella "catena" delle attività investigative.

Di questo tema – che la citata norma del disegno di legge Orlando affronta includendo alcune specifiche misure di sicurezza tra le prestazioni obbligatorie imposte ai fornitori – il Garante per la protezione dei dati personali si occupa, del resto, da tempo e sotto vari aspetti. In ordine tanto agli specifici doveri cui devono adempiere i soggetti privati a vario titolo coinvolti nelle attività captative, quanto alle responsabilità e agli oneri gravanti in capo alle Procure quali titolari dei trattamenti connessi all'attività di intercettazione.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, il **provvedimento del luglio 2013** indica alle Procure alcune essenziali misure organizzative indispensabili per proteggere quei preziosi flussi informativi e responsabilizzare al massimo tutti i soggetti coinvolti (non solo il p.m. ma anche la polizia giudiziaria), evitando fughe di notizie anche solo involontarie. Lo stesso provvedimento del Csm, già ricordato, include le indicazioni del Garante tra le buone prassi da promuovere. Se su questo terreno, dunque, le garanzie previste (e ulteriori rispetto a quelle sancite dalle norme processuali) sono considerevoli, la scelta del legislatore di rafforzare gli obblighi di sicurezza gravanti sui privati affidatari dei servizi è sicuramente utile al fine di contrastare fughe di notizie o anche solo alterazioni, perdite, distruzioni dei dati trattati, con evidente nocumento per le indagini oltre che per gli interessati.

La combinazione virtuosa tra provvedimenti del Garante, del Csm e direttive delle Procure, unitamente a norme volte non già a restringere le ipotesi di ammissibilità delle intercettazioni, ma a garantirne la sicurezza e selezionare i dati da riversare nel procedimento, può davvero contribuire a superare molte delle criticità che hanno caratterizzato

usi e abusi di questo strumento investigativo. È un obiettivo importante, la cui realizzazione dipende dalla capacità di coniugare interessi giuridici primari e talora confliggenti quali l'efficacia dell'azione investigativa, il diritto di difesa, il diritto alla protezione dei dati personali, la libertà di stampa. Un'espressione, significativa come poche altre, della qualità della nostra democrazia.

(Le opinioni riportate in questo contributo sono espresse a titolo esclusivamente personale e non impegnano in alcun modo l'Autorità di appartenenza)